

## **TIPOLOGIA DAS ESPÉCIES RECURSAIS EM FACE DA COMPLEXA DIVERSIDADE PROCESSUAL**

**FLÁVIA ROMERO CAMPOS**

*Diretora de Secretaria da 8a. Vara – CE*

*SUMÁRIO: 1 - Explicação sumária sobre a diversidade recursal. 2 - O direito de recorrer, o abuso e a pletora recursal. 3 - O exercício da atividade recursal comum. 4 - O manejo dos recursos de natureza rara. Bibliografia.*

### **1    EXPLICAÇÃO SUMÁRIA SOBRE A DIVERSIDADE RECURSAL**

Não são poucos os críticos que acoimam o sistema recursal brasileiro de excessivamente amplo e farto, muito generoso mesmo, em espécies impugnativas das decisões judiciais, quer se considerem os meios disponíveis para adversar os provimentos proferidos nas instâncias primárias, quer se leve em conta os existentes para dar combate às soluções prolatadas nos Tribunais Superiores e Cortes de Justiça.

A *diversidade recursal* é certamente explicável por várias razões, algumas até de ordem histórica, tendo em vista que os mais diversos recursos foram sendo criados, ao longo do tempo, muitas vezes ao sabor de inovações legislativas *extravagantes*, sem maior ou mesmo mais demorada atenção ou preocupação com a sua *desejável sistematização em corpo de doutrina*, potencialmente residente no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil (CPC), na verdade, lista (art. 496) o rol completo dos recursos processuais civis, daí se dizer que se trata de *enumera-*

*ração taxativa (numerus clausus), no âmbito das relações processuais regidas pelo referido Código, mas isso não importa afirmar que estariam excluídos do sistema recursal geral outros recursos civis previstos nas leis processuais extravagantes e que pertinem às relações processuais não-regidas pelo mesmo CPC, ou regidas por ele apenas subsidiariamente.*

Dir-se-á, assim, que o sistema recursal codificado é *rígido*, significando que *não há outros recursos civis no CPC, embora os haja, sem dúvida alguma, no sistema recursal geral, com a oportuna inclusão dos recursos previstos nas leis extravagantes ao Código, as leis especiais que regulam, por exemplo, o processo da ação de mandado de segurança (Lei 1.533/51), a execução fiscal (Lei 6.830/80), as ações do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 9.278/96), os feitos que tramitam nos Juízos Especiais (Lei 9.099/95), etc., dentre outros diplomas legais que poderiam ser apontados.*

Cada um dos tipos recursais tem a sua peculiar conformação e o seu específico pressuposto de utilização, efeitos, procedimento e finalidade, devendo-se sempre, em prol da melhor operatividade do sistema, limitar-se ou mesmo eliminar-se o trâmite de recurso que não se adeque, em tudo por tudo, ao seu padrão legal; a extensão dos casos de cabimento de recursos mais contribui para perturbar do que para estabilizar as relações processuais.

Também seria de valimento referir que, além dos meios impugnativos codificados no CPC e dos que lhe são extravagantes, há outras medidas processuais que, *mesmo não tendo natureza recursal*, muitas vezes são utilizadas com sucesso, à maneira de seus sucedâneos informais; seria o caso de se considerar essas medidas *como integrantes do sistema recursal, já que vêm sendo progressivamente assimiladas com essa qualidade.*

São exemplos disso: o mandado de segurança contra ato judicial (*que persiste, mesmo após a reforma do procedimento do agravo*), a ação cautelar inominada para sustar a execução de decisões judiciais, a reclamação, a correição parcial, os agravos internos ou regimentais, o pedido de reconsideração, a correição parcial e, o mais importante desses, a remessa obrigatória, dentre outros de idêntico perfil.

Ao lado desses, também têm notável expressão os recursos que são de *criação jurisprudencial*, por expansão dos recursos existentes, assim rotulados os que, não previstos em lei, são adotados na prática dos Tribunais do País, como, por exemplo, o recurso de embargos de declaração com

efeito modificativo da decisão, sejam elas de carga definitiva, ou de conteúdo interlocutório.

Entretanto, a feição aparentemente assistemática do *conjunto recursal*, mercê das várias espécies recursais de implantação não-codificada e de outras, pode dar azo à inevitável emergência de meios de impugnação repetidos, fazendo surgir, muitas vezes, alguma perplexidade quanto ao tipo de recurso a utilizar, em virtude da *sugestão de existência* de mais de um meio impugnativo, para o mesmo resultado prático, *embora nunca se descarte o valioso preceito da unirecorribilidade*.

Essa é a situação que motiva um certo desafio processual, que geralmente se resolve com a aplicação da *fungibilidade recursal*, ensejando que uma medida que seja inadequadamente interposta, possa ser *aproveitada* com os efeitos do recurso que não foi manejado, *salvo quando ocorrente erro grosseiro*.

A *qualidade* do erro, por sua vez, traz à baila um outro desafio, qual seja o de identificar-se, em cada caso, quando seria o *erro escusável*, geralmente viabilizador da fungibilidade recursal, e quando se estaria diante de um *erro grosseiro (inescusável)*, que aponta para o *não conhecimento* da inconformação; o *não conhecimento* importa em recusa pura e simples da cognição do pedido recursal, *algo similar à rejeição da petição inicial*.

Porém, deve ser assinalado que a formação complexa do sistema recursal, com a superveniência e a incorporação de leis processuais esparsas (extravagantes ao Código), faz o quadro dos recursos parecer caótico, dando a falsa idéia de que se trata de uma estrutura fragmentária e assistêmica.

A essa explicação de base essencialmente *empírica* da pluralidade dos recursos deve ser acrescentado o inegável substrato *científico* dessa pluralidade, onde avulta sobretudo a *especificidade finalística de cada tipo*, eis que não se confundem (no plano teórico) os seus objetivos processuais e jurídicos, todos realizados em prol da obtenção de melhor justiça e de maior segurança do ordenamento, de que cada espécie recursal é serviente.

Dest'arte, será correto dizer que a idéia dominante na criação de novos recursos *sempre foi e certamente continua sendo a de propiciar às partes soluções que sejam tocadas de crescentes e mais elevadas doses de justiça*, sendo lícito dizer-se que subjaz às inovações legislativas de conteúdo recursal a noção de que *a última decisão deverá ser sempre mais justa*.

Mas a diversidade de meios impugnativos não conduz e nunca conduziu à abolição de um dos mais vetustos preceitos da Ciência do Processo,

particularmente na sua província dos recursos, qual seja o de que *as decisões judiciais são impugnáveis mediante o uso de um só e único recurso, não se admitindo que a inconformação da parte com a decisão adversa ao seu interesse possa instrumentar-se em meios plurais, à livre escolha do impugnante.*

Esse princípio, que é prestigiosamente chamado pela doutrina processual de *princípio da unirecorribilidade* (ou, ainda, *da unicidade ou da singularidade recursal*) não se contrapõe, porém, à existência de vários recursos comuns (pluralismo recursal), no domínio ou no âmbito do sistema recursal, *mas se contrapõe frontalmente à existência de recursos simultâneos ou cumulativos, indiferentes ou concomitantes, para impugnar ou adversar, pela mesma razão, o conteúdo da decisão judicial*, ou seja, pela lógica do sistema impugnam-se as decisões *através de um só recurso*.

Deve ser ressaltado que um provimento judicial pode, eventualmente, conter mais de uma decisão ou conter decisões sob diferentes fundamentos ou qualidades e, nessa hipótese, *sem quebra do princípio da unirecorribilidade*, abre-se para a parte interessada a oportunidade de exercer, ao mesmo tempo, mais de uma forma impugnativa, *mas cada qual delas com a sua especificidade, tanto no nível dos seus pressupostos, quanto no nível do seu propósito (objetivo).*

São exemplos completos dessa eventualidade, ou seja, mais de uma decisão no bojo da mesma peça judicial:

- (a) o acórdão que, apreciando um processo em que se debatem mais de uma questão, contém julgamento *unânime* quanto a uma delas e *por maioria* de votos relativamente à(s) outra(s), ensejando que se impugne a parte unânime através de recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, e a parte não-unânime do julgamento através de embargos infringentes; e
- (b) o acórdão que, no mesmo processo, decide uma questão com base na Constituição (questão constitucional) e outra fundada em norma infra-constitucional, tornando-se impugnável através dos recursos extraordinário (para o STF) e especial (para o STJ), exercitáveis ao mesmo tempo.

A interposição ulterior de um recurso contra o julgamento proferido em uma impugnação recursal precedente *não pode ser considerada como*

*uma nova impugnação (ou re-impugnação) do mérito daquela primeira decisão, mas como um meio impugnativo para adversar est'outra decisão, vincando-se as suas razões nos limites do conteúdo dessa última.*

Contudo, é a possibilidade de recursos contra toda e qualquer decisão (mesmo aquela que já solucionou uma prévia impugnação recursal) que parece fazer do sistema algo deformado, quicá carente de maior racionalidade ou capaz de produzir estabilidade das lides em tempo mais curto; merece melhor reflexão, no entanto, esse aspecto pontual do sistema de impugnações das decisões judiciais.

Não há dúvida alguma de que *solucionar as lides em tempo mais curto* é um dos mais prezáveis objetivos do processo, que se estende também ao sistema recursal, *mas o atendimento aos anseios de justiça, que se pode alcançar através dos meios processuais impugnativos, é também um escopo relevante, que não deve ser sacrificado em homenagem àquel'outro.*

É certo que a amplitude impugnativa de um sistema recursal que pusesse a sua tônica na justiça poderia conduzir à *ilimitação das medidas recursórias ou à possibilidade de rediscussão de toda a causa na segunda instância, inclusive com a produção de provas novas, de modo que se dessem às partes as mais largas oportunidades de ataque e defesa*, praticamente se reabrindo a instância originária antecedente.

Mas é evidente que essa hipotética orientação (*aliás desconhecida dos sistemas recursais*) solaparia a efetivação das decisões e por outro lado *eternizaria* as demandas, com inaceitável sacrifício dos macro-interesses sociais, que também devem ser atendidos com a oportuna emissão de providimentos judiciais mais céleres, *sem que isso importe em injustiça reconhecida.*

Por tal razão, um dos maiores desafios que hoje se enfrenta na seara dos recursos pertine, sem dúvida alguma, a *conciliar* o ideal da celeridade na outorga da prestação jurisdicional, com a máxima justiça da decisão, mas sem adotar a idéia de que o sistema recursal *deva ser encurtado, acolhendo-se, antes, que deva ser racionalizado o uso dos seus vários mecanismos, com a finalidade de alcançar essa meta da conciliação entre esses dois prezáveis valores (celeridade e justiça).*

## **2 O DIREITO DE RECORRER, O ABUSO E A PLETORA RECURSAL**

A identificação de recursos excessivos justifica e conduz ao fenômeno do *abuso do direito de recorrer*, mas esse fenômeno (induidosamente

existente) é, na verdade, uma *prática distorsiva e indesejável* do mecanismo recursal e não uma nota imanente ao sistema dos recursos, como às vezes pode parecer, devendo ser efetivamente combatida com a maior tenacidade, *especialmente pelos Juízes dos Tribunais de Segundo Grau*.

Serão os Juízes do Segundo Grau os responsáveis pelo alargamento irracional das práticas impugnativas, *pois lhes cabe, no plano inicial, selecionar os feitos recursais procedíveis nessa instância, aplicando criteriosamente as sanções processuais, quando e se a manifestação não se enquadrar com justeza no tipo de recurso manejado*.

Ao fenômeno da multiplicação de medidas recursais se tem dado o nome de *pletora recursal*, fenômeno que efetivamente merece total repulsa, mas não se deve e nem se pode, sob a sempre elogiável intenção de esforços conscientes para extirpá-lo, pugnar-se até pela eliminação de alguns mecanismos do sistema de recursos ou pela redução das possibilidades impugnativas das decisões judiciais.

A aparente multiplicidade de recursos e o fenômeno da *pletora recursal*, embora guardem laços comuns, devem ser entendidos e analisados separadamente, pois, enquanto a multiplicidade recursal atende a uma vocação da jurisdição para efetivar a *melhor justiça*, a *pletora recursal* somente graves empecos lhe acarreta, significando mesmo um viés que tende a prolongar as soluções das demandas *e produzir uma forma de qualificada de injustiça*.

Algumas técnicas poderiam certamente ter a maior eficácia na *luta pelo depuração do direito de recorrer*, combatendo os efeitos da demora dos recursos, apontando-se, entre outras, as seguintes providências: (a) a verificação casuística das situações que caracterizam *abuso de direito recursal ou de interposição de recurso com efeito somente protelatório* e (b) a aplicação rigorosa da sanção processual do *não conhecimento e de multa pecuniária*, se ausente qualquer dos pressupostos gerais ou especiais do tipo recursal manejado pela parte.

Para tal atividade *sanadora*, não se necessitaria de norma legal nova que descrevesse essas indesejáveis figuras, pois se trata de conceitos já de longa data sedimentados na doutrina jurídica processual mais conhecida.

O *abuso de direito recursal ou de interposição de recurso com efeito somente protelatório* podem ser tidos como caracterizados quando e se a parte recorrente:

- (a) não traz argumentos juridicamente convincentes para demonstrar o alegado desacerto da decisão impugnada, deduzindo a chamada *impugnação em termos amplos e vagos*. Exemplo de argumento desse tipo: *A decisão atacada diverge dos altos roteiros jurídicos que se aplicam à espécie, dissentindo frontalmente da jurisprudência dos Tribunais, devendo por isso ser reformada.*
- (b) deduz no recurso argumentação *contra legem* ou anti-sistêmica, formulando a chama *impugnação veiculante de oposição política*. Exemplo de argumento desse tipo: *A norma legal a que a decisão deu aplicabilidade prevê o pagamento de tributo, cuja arrecadação é utilizada em fins perdulários pelo governo, por isso a referida decisão deve ser reformada.*
- (c) postula contra os enunciados de súmulas dos Tribunais, exibindo *impugnação fundada na autoridade do próprio argumento*. Exemplo: *Apesar de apoiada em súmulas do STF e do STJ, a decisão deve ser reformada, porque esses enunciados não refletem com justeza a melhor compreensão da controvérsia jurídica dos autos.*
- (d) investe contra a jurisprudência dominante nos Tribunais do País, formulando *impugnação calcada em alegação de superficialidade nos julgamentos dos casos antecedentes*. Exemplo de argumentação desse tipo: *Verifica-se que os precedentes judiciais trazidos à colação se referem a casos julgados onde não houve a devida análise vertical da situação, daí porque a decisão neles ancorada não há de prevalecer.*
- (e) contrapõe-se à doutrina jurídica consagrada ou incontroversa, vertendo *impugnação recriadora de conceitos jurídicos consolidados*. Exemplo: *Equivoca-se o prolator da decisão recorrida ao afirmar que somente as coisas corpóreas cabem no conceito de mercadoria, pois as coisas incorpóreas também podem ser objeto de compra-e-venda mercantil.*

São numerosos nos Tribunais do País, inclusive nos Tribunais Superiores, os *casos recursais idênticos*, que se concretizam com a reiteração ou repetição de recursos, sempre calcados no mesmo fundamento (ou desfundamento) jurídico, dando ensejo à *julgamentos repetitivos*, produtores de efeitos nocivos, que devem ser evitados e combatidos.

Essa prática (*a da repetição de recursos com os mesmos fundamentos de outros já anteriormente rejeitados*) é geralmente adotada (com sucesso) por órgãos do Poder Público e se identifica com a má tentativa de esquivar-se do pagamento de condenações ou protelar ao máximo dos máximos, no tempo, o desempenho de obrigações impostas por decisões judiciais.

Ademais, essas protelações acabam sendo danosas ao próprio Erário Público, pois acarretam acréscimos financeiros muitas vezes de vulto no valor das condenações.

### **3 O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RECURSAL COMUM**

A atividade recursal, no domínio dos recursos comuns, se movimenta quando a parte defronta uma decisão judicial que lhe é adversa, *não se exigindo que essa decisão se apresente timbrada de nenhuma peculiaridade*, bastando ao exercício do direito de recorrer tão só e apenas o fato processual do sucumbimento.

No rol dos recursos listados no art. 496 do CPC (sistema recursal codificado exaustivo) são classificados de *comuns* os seguintes tipos recursais:

- (1) APELAÇÃO - Este recurso, regulado nos arts. 513 e segs. do CPC, é considerado o *recurso perfeito*, sendo com certeza o *mais antigo*, encontrando-se indicações da sua prática, incipiente, é claro, e nas condições sociais e jurídicas das respectivas épocas, mesmo nos ordenamentos processuais das civilizações mais remotas.

A completude dessa modalidade recursal advinha, inclusive, da *ilimitação prática* das questões que podiam ser agitadas no seu âmbito, o que importava no *re-julgamento completo da lide*, apreciando-se a sua inteireza, sem apriorísticas exclusões de aspectos ou temas; somente muito depois, com a evolução e sistematização do processo, é que o recurso de apelação foi sendo restringido e racionalizado, de modo a não se admitir a cognição, pelo Tribunal, de matéria que não tivesse sido impugnada no juízo originário, como se acha posto no art. 515 do CPC.

Há, contudo, resquícios da época em que a apelação era *praticamente ilimitada*, permitindo, como dito, o reexame da lide em todos os seus aspectos (*talvez até por razão de maior justiça na decisão*), como se vê no



art. 517 do CPC, ao permitir a proposição de questão factual, *desde que provando a parte que a deixou de suscitar no juízo primário por motivo de força maior*.

De todo modo, cabe no recurso de apelação o exame de toda a matéria tratada no juízo anterior, mesmo aquela que não foi objeto de decisão *por inteiro* (art. 515, parág. 1o. do CPC).

Outra nota preciosa do recurso de apelação é a de que, em regra, nele estão presentes os efeitos devolutivo e suspensivo (art. 520 do CPC), *sendo este último efeito o que dá a essa modalidade recursal a sua inestimável utilidade e faz dele o instrumento mais valioso para correção dos erros cometidos nos julgamentos de primeiro grau*; a suspensividade da execução da decisão recorrida, própria do recurso de apelação, se estende, como regra geral, a outras modalidades recursais, *somente se afastando quando a lei expressamente o determinar*.

Pelo sistema do Código de 1973 (Código Buzaid), a apelação *somente tem cabimento para impugnar decisões que sejam definitivas/terminativas do processo, isto é, decidam o pedido, deferindo-o ou indeferindo-o, ficando todas as demais decisões judiciais que se prolatem nos feitos susceptíveis de impugnação através do recurso de agravo* (arts. 513 e 522 do CPC).

Essa diretriz do CPC de 1973 encerrou a antiga dúvida reinante sobre o âmbito de recurso de apelação, muitas vezes confundido com o do agravo (de instrumento), como ocorria em relação a muitas situações do CPC de 1939 (arts. 842, 846 e 851, *por exemplo, que previam o recurso de agravo de instrumento para adversar certas decisões definitivas e terminativas*), introduzindo-se maior racionalidade no manejo dos meios impugnativos, eliminando o complicado sistema das alçadas, do valor da causa e da natureza da lide, como anota JOSEL MACHADO CORRÊA (Recurso de Apelação, História e Dogmática, Iglu, 2001, p. 143).

- (2) AGRAVO - O agravo de que cogitam os arts. 522 e segs. do CPC é o recurso com que se adversam as *decisões interlocutórias* dos juízos primários, cabendo no seu conceito *aquelas pelas quais o Juiz resolve questão incidente* (art. 162, parág. 2o. do CPC); contudo, não é, tarefa sem percalços deslindar ou identificar as *questões incidentes*, pelos menos em algumas situações que a prática processual engendra.

Segundo referência do mestre OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, trata-se de modalidade recursal tipicamente lusitana, advinda do Direito Medieval, quando não se admitia recurso de apelação contra as *decisões judiciais interlocutórias* (Curso de Processo Civil, Fabris, 1996, vol. II, p. 370), sendo a sua prática um meio eficaz de obviar a ocorrência de dano jurídico, em razão da condução do processo pelo Juiz, vedando algum direito à parte.

A decisão interlocutória, em geral, é de natureza *essencialmente processual*, segundo o infalível magistério de MOACIR AMARAL SANTOS (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, 1998, vol. 3, p. 8), mas há autores, como o eminente HÉLIO TORNAGHI, que aceitam maior largueza no perfil da questão incidente e da decisão interlocutória que a resolve (Comentários ao CPC, RT, 1978, vol. II, pp. 25/26).

No sistema do CPC, o recurso de agravo é *vocacionado para adversar decisões interlocutórias dos juízos primários*, levando o seu conhecimento à instância superior, geralmente através de instrumento, contendo a reprodução das peças que ensejam a exata compreensão da questão incidente resolvida; entretanto, o agravo poderá, a pedido da parte que o interpõe, ficar *retido* nos autos, para ser conhecido como *preliminar do ulterior recurso de apelação*, se houver.

A tradição processual era no sentido de que o recurso de agravo *não tinha efeito suspensivo*, ou seja, a decisão judicial recorrida se executava de logo; mas a inconveniência que decorria do ulterior provimento do recurso fez com que se permitisse ao relator do feito, no Tribunal, suspender a execução da decisão primária ou emitir provimento substitutivo do denegado na origem (art. 527, II do CPC, introduzido pela Lei 9.139/95).

Entretanto, o agravo também é hábil para adversar outras decisões que não as oriundas dos juízos primários, tais como as prolatadas, em segundo grau, pelos Presidentes dos Tribunais em pedidos de suspensão de medidas liminares em mandado de segurança (arts. 13 da 1.533/51 e 4o. da Lei 4.348/64), em ações cautelares (art. 4o. da Lei 8.437/92) e outras, ou as emitidas pelos relatores de feitos, nas Cortes de Justiça.

Essa modalidade de recurso de agravo constitui os chamados *agravos internos*, nos quais não há a formação de instrumento e são apreciados e decididos pelo Pleno dos Tribunais (*quando se trata de pedido contra ato do Presidente da Corte ou contra ato de relator em processo da competência plenária da Casa*), ou pelos seus órgãos parcelares (Turma ou Câmara),

quando de cogita de pedido contra ato de relator em feito da competência desses mesmos órgãos.

- (3) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Elencado no rol dos recursos civis (art. 496, IV do CPC), os embargos de declaração *não visam reformar nem obter decisão substitutiva do provimento judicial contra o qual são aforados* (arts. 535 e segs. do CPC), pelo que poderiam até não ser considerados como recursos, segundo já alvitram mestres da maior nomeada, entre os quais GABRIEL DE REZENDE FILHO, LOPES DA COSTA, MACHADO GUIMARÃES, ODILON DE ANDRADE e JOÃO MONTEIRO, como mostra MOACIR AMARAL SANTOS (op. cit., p. 146).

A finalidade dos embargos de declaração é a de *excluir do julgado (seja sentença ou seja acórdão) alguma obscuridade, contradição ou omissão que neles se encontrem e que sejam objetivamente apontados pelo embargante*; pode parecer uma construção um tanto abstrata, mas a sucumbência da parte, para legitimar os embargos de declaração, reside na obscuridade, contradição ou omissão que a decisão apresente, de sorte que é necessário derivar algum prejuízo de qualquer dessas ocorrências.

Apesar de ser um *recurso incompleto*, por lhe faltar a finalidade modificativa da decisão atacada, a doutrina processual contemporânea não nega aos embargos de declaração a natureza recursal, como se vê em JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (Comentários ao CPC, Forense, 1998, vol. 5, p. 533), HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1998, vol. 1, p. 587), MOACIR AMARAL SANTOS (op. cit., p. 146) e JOSÉ FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual Civil, Millenium, 2000, vol. 4, p. 234), dentre outros mestres.

Os embargos de declaração podem, ainda, ser tidos como *mecanismo processual de integração da decisão impugnada*, mas para acolhimento desse entendimento seria mister não se admitir que por essa via *incompletamente impugnativa* se pudesse obter a reforma do ato judicial; entretanto, o efeito modificativo dos embargos de declaração *está hoje amplamente aceito* na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais do País, de sorte que parece mais um *retrocesso* ou mesmo uma atitude *saudosista* pugnar-se, a esta altura, pelo retorno dos seus limites à finalidade tradicional de *apenas expungir da decisão judicial obscuridades, contradições ou omissões*.

- (4) **RECURSO ORDINÁRIO** - O recurso ordinário a que aludem os arts. 539 e 540 do CPC tem fonte na Carta Magna (arts. 102, II e 105, II), daí ser chamado pela doutrina jurídica processual de *recurso ordinário constitucional* e é interponível: (a) para o STF, contra as decisões originárias dos Tribunais Superiores (decisões de única instância), quando denegatórias de pedidos de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção; e (b) para o STJ, contra as decisões originárias ou recursais (decisões de única ou última instância) dos TRF's e dos TJ's, denegatórias de ordem de *habeas corpus* ou de mandado de segurança (letras "a" e "b" do art. 105, II da CF), e proferidas nas causas em que forem partes, de um lado Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente no País (letra "c" do art. 105, II da CF).

Ressalte-se que o recurso ordinário constitucional tem a mesma feição impugnativa do recurso apelatório, *podendo percutir matéria fática e jurídica, questões de direito federal, estadual e municipal, possuindo o efeito devolutivo amplo*, como é assinalado por VICENTE GRECO FILHO (Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, 1996, vol. 2, p. 335); o seu espectro, como se vê das suas disposições reguladoras, envolve matéria civil e penal, interessando, assim, a ambas as searas do ramo processual do Direito.

#### **4 O MANEJO DOS RECURSOS DE NATUREZA RARA**

São denominados de *recursos raros* os que, para serem interpostos, dependem da presença de algo mais além da sucumbência processual, ou seja, *dependem do comparecimento simultâneo, na decisão judicial a impugnar, do sucumbimento e de um elemento de qualificação desse fenômeno*, que pode ser:

- (a) o impacto (positivo ou negativo) do teor da decisão impugnanda com os ditames da Carta Magna (dando azo ao recurso extraordinário para o STF);
- (b) o impacto (positivo ou negativo) do teor da decisão impugnanda com dispositivo legal federal ou norma de tratado ou dissentir do

- entendimento que à lei federal tenha atribuído outro Tribunal do País (dando azo ao recurso especial para o STJ);
- (c) a divergência ocorrida no julgamento de apelação ou de ação rescisória entre os juízes de Tribunal, acarretando a decisão *por maioria de votos* (dando azo ao recurso de embargos infringentes) ou no julgamento de recurso extraordinário (no STF) ou especial (no STJ) em relação ao entendimento que já tenha sido dado à matéria por órgão fracionário ou pelo Pleno do mesmo Tribunal (dando azo ao recurso de embargos de divergência).

Segundo o sistema do CPC (art. 496), são estes os recursos que se consideram raros, tendo em vista o elemento de qualificação que a lei exige para a sua interposição:

- (1) EMBARGOS INFRINGENTES - O recurso de embargos infringentes, cujo processamento é disciplinado nos arts. 530 e segs. do CPC, é julgado *pelo Pleno ou por outro órgão regimentalmente competente do mesmo Tribunal que proferiu a decisão embargada*, prolatada que terá sido, *por maioria de votos*, em recurso de apelação ou em ação rescisória, por um dos seus órgãos parcelares (Turma ou Câmara).

O ponto singular do tipo recursal em comento é a *desuniformidade* da votação, ou seja, na decisão deverá ter havido *pelo menos um voto divergente (vencido)*, cujo teor há de estar posto nos autos; se o Juiz proferidor desse voto divergente não o tiver lançado nos autos, caberá à parte interessada provocar a sua juntada (através de embargos de declaração de efeito supridor), *sem o que o recurso não deverá, a rigor, ser conhecido*, embora uma certa liberalidade dos Tribunais mostre a tendência de admitir os infringentes, mesmo sem o voto vencido, *pelo menos quando a divergência for total*, hipótese em que o seu teor pode ser *inferido* pelo conteúdo (adverso) dos votos vencedores.

O julgamento desse recurso é, na verdade, uma extensão do julgamento anterior, mas não uma renovação do julgamento da apelação ou da rescisória, *pois a cognição do recurso é limitada ao âmbito da divergência*.

Importa dizer que uma parte da doutrina processual vem atribuindo alargamento ao cabimento do recurso de embargos infringentes, aceitando-

o quando o julgamento da *remessa de ofício* for por maioria de votos, conforme revela VICENTE GRECO FILHO (op. cit., p. 345) ou quando o julgamento do *agravo de instrumento*, por maioria de votos, puser termo ao processo, como advoga NELSON NERY JÚNIOR (CPC Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante, RT, 1977, p. 796).

A expansividade dos embargos infringentes parece uma *tendência evolutiva* nessa modalidade recursal, tanto que VICENTE GRECO FILHO, mesmo contra as súmulas 169 do STJ e 597 do STF, o admite na ação de mandado de segurança (op. cit., p. 345) e o mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA o aceita em agravo regimental (agravo interno), se o seu teor equivaler ao julgamento da apelação ou da rescisória (Comentários ao CPC, Forense, 1998, vol.. V, p. 510).

- (2) RECURSO EXTRAORDINÁRIO - A história do recurso extraordinário mostra que a sua criação, no Brasil, logo após a proclamação da República, através do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, visava garantir a supremacia da Carta Magna e da legislação federal, cuidando de fazê-las aplicáveis do modo mais uniforme possível em todo o espaço da então recente Federação Brasileira, conforme análise de NELSON LUIZ PINTO (Recurso Especial para o STJ, Malheiros, 1996, p. 40).

O recurso, de nascentes constitucionais (art. 102 da Carta Magna) e disciplina nos arts. 541 e segs. do CPC, tem a macro-função estratégica de *manter a integridade e a inteireza positiva da Constituição Federal* (expressões do mestre Pinto Ferreira), valores que são cuidadosamente preservados na ordem jurídica, como expressa NELSON SALDANHA (Formação da Teoria Constitucional, Forense, 1983, p. 125); esse quadro de valores são *herança sagrada* do pensamento de HANS KELSEN e da sua insubstituível e criativa construção do escalonamento do sistema jurídico (Teoria Geral do Direito e do Estado, tradução de Luiz Carlos Borges, Martins Fontes, 192, p. 129).

Os jusfilósofos acolhem inteiramente a idéia de *formação sistêmica do Direito* (LOURIVAL VILANOVA, Causalidade e Relação no Direito, Saraiva, 1989, p. 24 e NORBERTO BOBBIO, Teoria do Ordenamento Jurídico, tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos, Polis, 1989, p. 49), sendo a noção ou a necessidade de sua preservação uma correlação

que lhe é de todo indispensável (NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Estudos Temáticos de Direito Constitucional, UFC, 2000, Estudo V, pp. 163 e segs.).

A especificidade do recurso extraordinário está guardada assim: (a) *a decisão impugnanda deverá impactar a Constituição, quer afrontando diretamente alguma de suas normas, quer deixando de lhe dar inteira aplicação*; (b) *deverá ser proferida em única ou última instância ordinária, isto é, não poderá caber, no órgão jurisdicional inferior, nenhum recurso comum para adversar a decisão e* (c) *a interposição deverá exhibir, clara e cabalmente, que a matéria constitucional foi decidida na instância anterior (pré-questionamento).*

- (3) **RECURSO ESPECIAL** - A Carta Magna de 1988 criou o recurso especial (art. 105, II), cujo processamento está disciplinado nos arts. 541 e segs. do CPC, visando instrumentar o STJ com o meio recursal adequado para exercer em plenitude a sua função de guardião da normatividade infra-constitucional, proferindo, como bem o disse ARRUDA ALVIM, “*decisões paradigmáticas, que orientarão a jurisprudência do País e a compreensão do Direito Federal*” (Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, RT, 1998, p. 31).

*A função de formar a orientação jurisprudencial, através de paradigmas, é exercida, porém, somente quanto às questões de direito, não quanto às questões factuais (ainda que relevantes) residentes nos litígios; os erros de fato que eventualmente se encontrem em decisões de Tribunais são, sem dúvida alguma, produtores de indesejável instabilidade no sistema jurídico, mas não tanto quanto os erros de direito, que se convertem em precedentes judiciais, retro-alimentando a sua própria reprodução (do erro de direito) e causando, assim, uma situação de absoluto perigo para o próprio sistema como um todo.*

É seguramente sob o prisma dessa *qualidade matricial* que as decisões dos Tribunais, máxime as do STF e do STJ, devem ser consideradas e se assim não se fizer *se estará a cada passo e em cada julgamento se reinaugurando sempre um entendimento novo, desprezando-se as construções pretorianas consolidadas e abalando um dos fundamentos da ordem jurídica, que é a compreensão jurisdicional de seus limites e de suas potencialidades.*

- (4) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - A figura dos embargos de divergência *tem cabimento somente no STF e no STJ, nos julgamentos de recursos extraordinário e especial, pelo que se considera um tipo recursal subsequente.*

Não há, em princípio, quanto à interposição dessa modalidade de recurso, restrição de natureza material, se voltando para o propósito de *corrigir os desvios internos* dos julgamento de recursos extraordinário (STF) e especial (STJ) *e não apenas preveni-los*, nisso se distinguindo do incidente de uniformização da jurisprudência (arts. 476 e segs. do CPC).

Trata-se de tipo recursal que vem do CPC de 1939 que, no seu art. 833, previa a embargabilidade de decisões do STF, quando adotadas por suas Turmas em confronto com julgados de outra Turma Julgadora ou do Pleno da Corte.

O CPC de 1973 não acolheu, porém, essa modalidade recursal (art. 496), mas o STF a inseriu salutarmente no seu Regimento Interno (art. 330), *com supedâneo no art. 546 do CPC, que então lhe atribuía competência normativa para o processo e julgamento do recurso extraordinário*; era, portanto, os embargos de divergência um recurso de gênese regimental *e cumpria a estratégica função de evitar que no âmago da Suprema Corte se instalasse dissídios entre decisões de suas Turmas e de seu Plenário.*

É evidente a relevância dessa modalidade recursal e a sua inestimável valia para preservar a integridade e a coerência das diretrizes do STF, *já que todas carregadas da mesma nota de superioridade.*

Com a Carta Magna de 1988, se fixou o controle da supremacia da Constituição no STF (art. 102) e o da prevalência da legalidade federal (infra-constitucional) no STJ (art. 105), cisão que contribuiu para racionalizar e dinamizar essas duas magnas formas de controle; a Lei 8.038/90 (Lei de Recursos), entretanto, revogou o art. 546 do CPC e previu expressamente o tipo recursal em comento *exclusivamente no âmbito do STJ*, (art. 29), eliminando-o do âmbito do STF, *embora a Corte Suprema tenha continuado a admiti-lo, na prática processual, dada a sua manifesta*

A Lei 8.950/94, entretanto, revigorou o art. 546 do CPC, prevendo que *“é embargável a decisão da Turma que, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra Turma ou do Plenário”* (art. 546, I do CPC), ficando a disciplina do procedimento a ser definida regimentalmente (art. 546, parág. único do CPC), como efetivamente se fez, no âmbito dos dois Tribunais Superiores (STF e STJ).



Esse recurso de embargos de divergência se aproxima da função de uniformizar a jurisprudência constitucional (no STF) e infra-constitucional (no STJ), evitando a proliferação de dissídios *entre os órgãos julgadores parcelares dos Tribunais Superiores (Turmas) ou entre estas e o seu Pleno, com desgaste e prejuízo para a exata compreensão da Constituição e do Direito Federal.*

### **Bibliografia**

- ALVIM, Arruda, *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, RT, 1998.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos, Polis, 1989.
- CORRÊA, Josel Machado, *Recurso de Apelação, História e Dogmática*, Iglu, 2001
- GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, vol. 2, 1996.
- KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, tradução de Luiz Carlos Borges, Martins Fontes, 1992.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Estudos Temáticos de Direito Constitucional*, UFC, Estudo V, 2000.
- MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, Milenium, vol. 4, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao CPC*, Forense, vol. 5, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson, *CPC Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*, RT, 1977.
- SALDANHA, Nelson, *Formação da Teoria Constitucional*, Forense, 1983.
- SANTOS, Moacir Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, vol. 3, 1998.
- SILVA, Ovídio Baptista da, *Curso de Processo Civil*, Fabris, vol. II, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, vol. 1, 1998.

TORNAGHI, Hélio, *Comentários ao CPC*, RT, , vol. II, 1978.

VILANOVA, Lourival, *Causalidade e Relação no Direito*, Saraiva, 1989.